

RESPONSABILIDADE CIVIL NO NOVO CÓDIGO CIVIL: conferência

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR*
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Caro Presidente Victor Faccioni, que dirige estes trabalhos e o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, ilustres integrantes da mesa, autoridades que muito me honram com a sua presença, Procuradora-Geral do Estado, Procurador-Geral de Justiça, representantes do Tribunal de Justiça, Diretor da Escola de Gestão e Controle, meus caros colegas, meus amigos,

Como disse o Doutor Scliar, assumi o compromisso de vir falar sobre Responsabilidade Civil. E não sabendo como me situar no tema, assim tão amplo, optei por tratar, em uma primeira parte, da responsabilidade civil do Estado, no que diz com a responsabilidade dos Juízes e do Tribunal de Contas; em um segundo momento, cuidarei das novidades do Código Civil com relação ao tema de responsabilidade.

Admiração pelo TCE

Mas, antes de iniciar essa abordagem, gostaria de dizer da satisfação que tenho de estar aqui. Por várias razões, uma delas é porque tenho a oportunidade de repetir neste Plenário o que seguidamente afirmo aí fora: a minha profunda e justificada admiração pelo Tribunal de Contas do Rio Grande. Acredito que não há Instituição similar com a mesma força, com a mesma idoneidade, com a mesma capacidade, que tenha produzido o mesmo efeito benéfico sobre a administração pública nesse país como este Tribunal de Contas. Porque ele exerce a sua função de modo exemplar e com isso permite cada vez mais o aperfeiçoamento da nossa administração pública, especialmente da nossa administração pública municipal. Agrega-se a este trabalho do Tribunal de Contas, a



<http://bdjur.stj.gov.br>

* Aposentado do cargo de Ministro do STJ, a partir de 12/8/2003.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil no Novo Código Civil. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v.36, p. 86-90, maio de 2004. Edição especial.

atuação vigilante do Ministério Público, a que se soma a do Tribunal de Justiça, que tem uma Câmara dedicada para estes processos. Graças a isso, temos no Rio Grande realmente a fiscalização das contas públicas de acordo com a Constituição e obediente ao princípio da moralidade da administração. Isso se deve basicamente à existência de um Tribunal de Contas como este, a que compareço com muito orgulho.

Escola do TCE

Quero também cumprimentar o Tribunal por ter instituído uma Escola de Gestão e Controle. Não contente com atender de modo tão completo o que lhe destina a Constituição, o Tribunal de Contas vai além, preocupando-se com o aperfeiçoamento dos seus servidores e dos funcionários públicos que atuam na área de controle da administração pública. Acredito seja esta a primeira escola nesses moldes que se estabelece no país. É um começo promissor, que certamente muito contribuirá para o estudo e a reflexão da nossa realidade administrativa.

Vou tratar da responsabilidade civil do Estado. A responsabilidade civil é o instituto que nos permite transferir o prejuízo sofrido pelo lesado, prejuízo que pode ser material ou imaterial, para o patrimônio do responsável pelo prejuízo. Esta transferência de dano existe para que se recomponha uma situação de injustiça. Para que se aplique o instituto, alguns requisitos devem estar presentes: é preciso que exista uma ação ou omissão, que pode ser lícita em alguns casos, mas ordinariamente é ilícita; que exista um dano, o qual deverá ser injusto, pois se o dano for justo não há por que indenizar; ainda, um nexo causal entre a ação e o dano; e, por fim, um fator de atribuição, pelo qual se imputa o dever de indenizar alguém seja porque ele agiu com culpa, seja porque ele responde objetivamente, independentemente de culpa. No primeiro caso, a responsabilidade é subjetiva; no outro, é objetiva.

No que diz com a subjetivação do responsável, devemos identificar aquele que vai pagar a indenização. Pode ser a mesma pessoa que praticou a ação, como pode ser alguém por ele. No caso da responsabilidade de um pelo ato de outro, temos a chamada responsabilidade transubjetiva, como acontece no caso de o pai pagar a indenização do dano causado pelo filho, do patrão que paga pelo dano causado pelo empregado. É o que se dá com o Estado, que paga a indenização dos danos cometidos por seus agentes.

História

Em se tratando do Estado, as soluções podem ser as mais diversas: a responsabilidade pode ser só do funcionário; pode ser só do Estado; pode ser do Estado representado pelo seu funcionário; pode ser do Estado porque o ato foi cometido pelo seu agente, sem representação; ou pode ser da responsabilidade conjunta do Estado e do funcionário. Várias foram as soluções adotadas no país. A Constituição de 1822 atribuiu a responsabilidade por ato do empregado público estritamente ao funcionário e não ao Estado. Essa regra continuou na Constituição de 1891.

Nesse entretanto, enquanto as Constituições atribuíam a responsabilidade unicamente ao funcionário, algumas leis ordinárias vieram atribuir tal encargo ao Estado, como acontecia no regime da saúde pública. Diante dessa discrepância, o Supremo Tribunal admitiu que havia realmente duas respostas possíveis. A responsabilidade poderia ser do funcionário e poderia ser concomitantemente do Estado. E com isso nós tínhamos uma duplicidade de responsável, ora o funcionário, ora o Estado. E esta duplicidade permaneceu na Constituição de 1934, segundo a qual os funcionários públicos são responsáveis pelos danos que causarem. Esse esquema mudou a partir de 1946 e permaneceu assim em 1988, quando se definiu que a responsabilidade é só do Estado. Ele deve pagar a indenização causada pelo seu agente e pode, regressivamente, agir contra

o agente se demonstrar a culpa ou o dolo deste. Com isso nós temos hoje um sistema segundo o qual o Estado responde pelo fato do serviço, praticado pelo agente que estava desempenhando um serviço público, independentemente da existência de culpa ou descuido na prática do ato.

Não obstante a responsabilidade seja direta do Estado, independente de culpa, o sistema admite a exclusão da responsabilidade, ou a diminuição do valor da indenização, sempre que ficar demonstrado que a culpa foi exclusiva da vítima, ou quando esta concorreu para o fato, com a redução proporcional da reparação devida.

Essa responsabilidade do Estado que existe pela ação do seu agente deve ser vista apenas do ponto de vista da ação, isto é, da comissão. Diferente é quando o Estado não faz o que deveria fazer. Então, quando há a omissão do Estado, o Estado somente vai responder pelo dano se ficar demonstrado que ele era o garante daquela situação, o responsável para que não ocorresse o dano. No caso da omissão, portanto, é preciso primeiro estabelecer se o Estado era realmente o garante impeditivo do resultado e depois se ele, em sua omissão, agiu com dolo ou com culpa. Portanto, no caso da responsabilidade por ato omissivo, é preciso demonstrar não só que o Estado era o garante, como também que houve uma conduta culposa por parte do agente.

Por isso eu estou dizendo que neste nosso sistema, embora a responsabilidade do Estado seja objetiva, temos a possibilidade de excluir a responsabilidade em certos casos e reduzi-la em outros casos. E, em certas situações, especificamente nesta da omissão, é preciso que se demonstre a culpa do Estado que ensejou o dano. Temos, assim, um sistema híbrido de responsabilização.

Igualdade

O fundamento dessa responsabilidade está na isonomia, isto é, se todos os cidadãos devem sofrer igualmente as cargas do Estado, seria

desarrazoado e injusto que uns sofressem mais do que os outros. Uma vez responsabilizado o Estado, pode ele buscar do seu funcionário um ressarcimento através da ação regressiva. E essa pretensão regressiva, penso eu, deve ser proposta em outro processo, porque seu exame juntamente com o pedido contra o Estado significaria trazer para o seu bojo um fundamento novo, diverso do que sustenta o pedido do lesado pelo serviço público, uma vez que o Estado deveria demonstrar a culpa do funcionário e com isso dificultaria o andamento do feito indenizatório promovido contra o Estado.

Nesse ponto, convém chegar a algumas conclusões com relação à responsabilidade do Estado. Ela existe pelo fato do serviço, independentemente de culpa; essa responsabilidade é direta do Estado, que fica com direito de regresso contra o agente; aceita-se a responsabilidade objetiva como fator de atribuição; a teoria aceita é a do risco administrativo, segundo a qual exclui-se a responsabilidade nas hipóteses de força maior ou da culpa exclusiva da vítima, com atenuação se houve culpa concorrente. No caso de omissão, é preciso demonstrar que o Estado era o garante e agiu com culpa ao não impedir o resultado.

Atos de Juiz

A responsabilização do Estado quanto aos atos dos seus agentes, assim vista, genericamente e com o caráter ampliativo que a Constituição lhe trouxe, especialmente a partir de 1946, sempre foi de algum modo diluída quando se trata de ato jurisdicional. O Supremo Tribunal Federal tem resistido, e isso há mais de cinquenta anos; à idéia de que se possa responsabilizar o Estado por ato do juiz. Há alguns casos bem típicos que foram levados ao Supremo, como daquele juiz que se recusou a examinar um habeas corpus, durante anos, de um cidadão que estava indevidamente preso no Estado de Minas Gerais e terminou ele indo à falência. Solicitada a indenização contra o Estado, o Supremo Tribunal entendeu não ser caso de indenizar porque se tratava da ação

jurisdicional. Pessoalmente acredito que o Estado deveria responder pelo mau funcionamento do Poder Judiciário. Porque na medida em que o Estado se tornar o responsável pelos danos causados pelo funcionamento irregular e mau exercício da função jurisdicional, o próprio Estado vai se dar conta da necessidade de realmente aparelhar-se para esse serviço, dando meios para que possa ser prestada a jurisdição em tempo e na forma adequados. Na Espanha, temos a responsabilidade do Estado pelo funcionamento anormal do Poder Judiciário. No Brasil, as hipóteses de responsabilização somente são aquelas expressamente previstas em lei, como ocorre com a previsão constitucional pelo erro judiciário, erro judiciário esse apurado numa ação de revisão. Na prática, nunca vi um caso em que se deferiu indenização pedida em ação de revisão. O outro caso constitucional é o de excesso de cumprimento de prisão. No Código de Processo Civil, o art. 133 fala da ação fraudulenta ou culposa do juiz por negligência na prática do ato. No atual Código Civil está a mesma regra que constava do Código de 1917, quanto às pessoas jurídicas, prescrevendo que as pessoas jurídicas de direito público interno são responsáveis por atos de seus agentes. Não traz nada de novo com relação ao que já está na Constituição. Apenas restringe o conceito de responsabilidade às pessoas jurídicas de direito público, quando a Constituição se aplica a todas as pessoas jurídicas que exercerem atividade ligada ao serviço público. Mas esta restrição do Código Civil não prevalece diante do que está na Constituição. O art. 1.744 do Código Civil cria um caso de responsabilidade direta do juiz, imediata e pessoal, quando não tiver nomeado oportunamente o tutor. Além dessas disposições legais, vale lembrar o art. 49 da LOMAN, que permite a responsabilização do magistrado por perdas e danos, quando proceder com dolo ou fraude.

Há de se concluir, com relação ao ato jurisdicional, que a orientação prevalente no nosso país é de que somente há

responsabilização do Estado por atos do juiz quando houver tipificação na lei, nesses casos que referi. Não está prevista a responsabilidade do Estado pelo mau funcionamento do serviço, como acontece em outros lugares. A responsabilidade direta do juiz, como consta do art. 1.744 do novo Código Civil, esta responsabilidade direta não prevalece, pois me parece que a disposição do Código, nesse ponto, é inconstitucional.

Esta responsabilidade do Estado por ato do juiz não é uma responsabilidade objetiva, isto é, não se pode dizer que toda vez que houver uma sentença causando dano a alguém será o Estado responsabilizado. Todos sabemos que a sentença, ao por fim ao litígio, ordinariamente concede um bem a alguém e o retira de outro. Se o dano da parte vencida pudesse ser objeto de ressarcimento contra o Estado, estaria sendo socializado o prejuízo do vencido, cujo direito foi negado. Daí que para a responsabilização do Estado por ato do juiz é preciso demonstrar que houve, além do dano, um elemento a mais, o que afasta a possibilidade da aplicação da responsabilidade meramente objetiva.

Faço essas observações sobre o Judiciário porque desejo examinar a situação específica do Tribunal de Contas. O Tribunal de Contas exerce uma função pública que muito se aproxima da judiciária. Sei bem das controvérsias que existem a respeito da natureza dessa atividade. A maioria da doutrina talvez se incline por considerar que a atividade do Tribunal de Contas é administrativa. Mas eu prefiro ficar com a posição de Pontes de Miranda, segundo a qual a função do Tribunal de Contas é judicialiforme, porquanto a própria Constituição atribui ao Tribunal de Contas a função de julgar; se julga, é porque está exercendo uma função jurisdicional.

Mas, de qualquer forma, seja ou não uma função tipicamente judiciária, a verdade é que está muito aproximada da função jurisdicional, e a responsabilidade civil do Estado por ato do Tribunal de Contas deve

ser examinada debaixo dos mesmos princípios da responsabilidade por ato jurisdicional. Isto é, somente poderemos admitir a responsabilização do Tribunal de Contas, de seu Conselheiro ou Ministro quando demonstrado que houve dolo ou culpa grave e quando não se trate de simples divergência quanto à interpretação da lei. Se a interpretação da Lei não gera indenização por parte do Estado por ato do juiz, também não haverá indenização do Estado por ato do Tribunal de Contas na sua atividade de aplicação da lei nos casos submetidos ao seu julgamento.

Responsabilidade no direito privado

Passo agora a examinar a questão da responsabilidade civil no campo do Direito Privado, para me deter especificamente no que foi introduzido de novo no Código Civil de 2002.

A primeira disposição do novo Código Civil está no art. 186, com a definição de ato ilícito, correspondente ao art. 159 do Código Civil de 1917. É uma cláusula geral onde se diz que todo aquele que por descuido causar dano a outrem comete ato ilícito. A novidade que está agora no Código é a de que se diz expressamente que o dano moral também pode ser elemento do ato ilícito.

O artigo 187 tem talvez uma das normas mais importantes do novo ordenamento civil, ao definir o abuso de direito. Comete ato ilícito quem, ao exercer o seu direito, exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes. Com isso, o Código está dizendo que todos os direitos subjetivos que o ordenamento jurídico concede somente podem ser exercidos no limite desses princípios. Com isso, o Código estabeleceu uma abertura para a avaliação da conduta, que deverá ser feita caso a caso, atendendo à finalidade do direito e aos princípios éticos que orientam a vida em sociedade. A lei venceu uma dificuldade que a doutrina encontrava para saber em que categoria colocar o abuso do direito, e

desde logo o definiu como um ato ilícito e, portanto, causador de ofensa indenizável (art. 927).

A responsabilidade de que trata o art. 186 é a responsabilidade delitual por fato extracontratual. Pela simples razão de nós convivermos em sociedades, não podemos causar danos aos outros; provocando-os, somos responsáveis e devemos indenizar. É o ilícito absoluto, independentemente da existência de um contrato. Além dessa responsabilidade por ato ilícito extracontratual, existe a responsabilidade contratual, aquela que decorre do fato da pessoa ter celebrado um contrato e o descumprido. Nesse caso, diz o art. 389 do Código Civil que a pessoa que não cumprir a obrigação responde pelas perdas e danos, juros, atualização monetária e honorários. Esta indenização aqui se dá atendendo às condições específicas do contrato. E os pressupostos para esta condenação são diferentes daqueles pressupostos da responsabilidade por ato ilícito absoluto. No descumprimento do contrato, basta ao interessado provar que havia um contrato e que esse contrato não foi cumprido; com isso, está autorizado a pedir a correspondente indenização. A prova do que não é caso de indenizar cabe ao contratante que descumpriu o contrato.

Quando se cuida da responsabilidade civil, seja contratual seja extracontratual, se põe a questão da mora. A mora é o não-cumprimento da obrigação, seja por desobediência à regra geral do art. 186, seja por desatenção a cláusula contratual. Da mora resultam obrigações, uma delas é a de pagar os juros. Estes juros são os moratórios (diferentes dos remuneratórios, devidos pelo uso do capital), que decorrem do inadimplemento da mora.

Juros

Em relação aos juros, o novo Código trouxe algumas regras bem interessantes. Uma delas foi a de que os juros moratórios podem ser

convencionados a qualquer taxa. Mas os juros remuneratórios devem estar sempre limitados à taxa que a Fazenda cobrar nos seus créditos. Com isso, limitou os juros remuneratórios a uma taxa fixa sem definir exatamente qual é esta taxa, fazendo uma referência à taxa cobrada pela Fazenda Nacional.

A Fazenda Nacional, por força de lei ordinária, aplica aos tributos a Taxa Selic. Ocorre que a Taxa Selic reflete tanto os juros como a correção monetária. Já o Código Tributário Nacional limita esses juros a 12% ao ano. Então, quando se tratar de aplicar a regra do Código Civil, que limita os juros aos índices cobrados pela Fazenda Nacional, deparamo-nos com uma dificuldade; o percentual é o da Taxa Selic ou os 12% ao ano? Se adotarmos a Taxa Selic estaremos incluindo nos juros a parcela correspondente à correção monetária. Se admitirmos os 12%, teremos que conceder, além dos juros, também uma taxa correspondente à correção monetária. É esta situação que está posta hoje nos Tribunais, sem que se possa definir a priori qual seja a taxa aplicável.

Estes juros moratórios interessam para o caso da indenização, uma vez que são devidos juros moratórios em caso de condenação. E interessam muito especialmente para todos os casos de liquidação de sentença, com efeitos significativos sobre o valor a ser apurado da dívida. Basta dizer que antes do novo Código os juros legais eram de 6% ao ano, e agora pode essa taxa elevar-se para mais de 20% ao ano se aplicada a Selic. Acredito que a Taxa Selic não pode ser usada simplesmente a título de juros porque ela compreende, além de juros, também uma parcela de correção monetária. Uma solução seria excluir da taxa Selic o que corresponde a correção monetária e atribuir, então, o saldo a título de juros e fixar um outro índice a título de correção monetária, uma vez que o Código Civil defere duas parcelas distintas: juros e correção monetária. Se ele só der juros está deixando de dar correção monetária. E se ele der juros e nessa taxa estiver incluída também a correção monetária, vai ter

que dar depois também a taxa correspondente à correção monetária. Significa dar duas vezes a mesma parcela.

Esta situação é realmente conflitante. Discute-se, hoje a constitucionalidade da Taxa Selic, porque é estendida aos tributos por lei ordinária quando deveria sê-lo por lei complementar. Se vier a ser afastada a Taxa Selic da área tributária, resultaria em ser desprezada para limite de juros no âmbito civil. O mais razoável é que sobrevenha uma lei dizendo exatamente qual é a taxa dos juros cobrável pela Fazenda Nacional, a qual seria por extensão aplicada também às relações civis.

Com relação aos juros, uma inovação foi introduzida pelo Código, que autorizou ao juiz deferir, além dos juros, uma outra parcela complementar, quando for preciso indenizar o lesado com a mora. A situação não estava prevista no direito antigo, mas assim mesmo, em certo processo, o Tribunal concedeu ao segurado, além da indenização a que tinha direito, os juros correspondentes e uma outra parcela pelo prejuízo que ele sofreu por não ter recebido a tempo da indenização que lhe permitisse recompor o negócio que era objeto de contrato seguro.

Atividade perigosa

Com relação ao Código Civil, uma outra regra inovadora e marcante é aquela que está no art. 927, parágrafo único. Quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, haverá responsabilidade independentemente de culpa. Com isso, introduziu-se no ordenamento uma previsão geral de responsabilidade civil objetiva, decorrente do risco do exercício de uma atividade perigosa. O fundamento dessa responsabilização está em que a pessoa que exerce normalmente uma atividade perigosa deve ter um cuidado especial para impedir a ocorrência do dano. Se este acontece, presume-se que os cuidados não foram adequados. É uma regra nova que ainda está dependendo de

interpretação e que é preciso que seja lida em seus devidos termos. O perigo deve ser excepcional, porquanto de um modo geral toda a atividade enseja algum tipo de risco; a culpa somente pode ser desconsiderada como elemento da responsabilização quando as circunstâncias evidenciarem que a conduta adotada era inadequada ao risco oferecido pela atividade. Assim, o motorista de táxi, que exerce normalmente atividade de risco, não pode ser condenado a reparar todo o dano que causar, com fundamento da responsabilidade objetiva.

Ainda nesse campo, que abre brecha sobre o princípio da responsabilidade subjetiva, existe a norma do art. 931, segundo o qual o empresário responde pelo dano causado pelo produto que ele pôs em circulação, ressalvadas as situações previstas em lei. Assim, toda vez que não tenhamos uma relação prevista na lei (estamos excluindo as relações de consumo, os danos decorrentes da energia nuclear, os da atividade profissional, etc), sempre que não existir uma regulação específica na lei e o empresário colocar um produto em circulação, responde ele pelo dano decorrente dessa circulação. Circulação significa pôr o produto ou o serviço em contato com terceiros, porque exposto, entregue, transportando, etc. Aí também, penso eu, temos que examinar as circunstâncias como elas se apresentam para que não se transforme essa regra em norma de difícil cumprimento, tal a amplitude que permite na sua leitura mais apressada.

Com isso, meu caro Presidente, Senhor Diretor, penso que atendi ao objetivo que me propus. Muito obrigado.